Das Wesen der Zusicherung einer Eigenschaft beim Kauf und ihre Abgrenzung zum Garantie-Vertrag.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Karl Weirauch,

Gerichtsreferendar in Beuthen OS.

/

1932

Druck: Buchdruckerei Groeger, Habelschwerdt, Grafschaft Glatz.

Berichterstatter: Prof. Dr. Süß.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Meinen lieben Eltern!

Einteilung.

	Seite
Literaturverzeichnis	III—VIII
A. Römisches Recht	
I. Entwicklung der Zusicherung beim Kauf von den zwölf Tafeln bis zum Ädilen-Edikt	1— 3
II. Dicta und promissa im ädilitischen Recht	3— 5
III. Die Zusicherung beim Kauf bis 1900	5
B. Das Recht des B.G.B.	
I. Die Anpreisung	7— 9
II. Die Angabe	
1. Unter Vorbehalt	9—10
2. Als Ausdruck der persönlichen Meinungsäußerung des Verkäufers	10—11
III. Der bedingte Kauf	11—12
IV. Das vertragsmäßige Rücktrittsrecht	12
V. Die Zusicherung	
1. Ist nach der herrschenden Ansicht für die §§ 459 Abs. 2, 463 S. 1 nur die vertragsmäßige Garantie	12—15
2. § 459 Abs. 2 enthält jedoch die ernsthafte Zusage	15—16
3. Die herrschende Meinung berücksichtigt die ernsthafte Zusage bei § 459 Abs. 1	16—20
4. § 459 Abs. enthält die „Zusage", § 463 S. 1 die „Zusicherung"	20—21
VI. Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie im Anschluß an die §§ 459 ff.	22—26
VII. Der Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel	26—28
VIII. „Zusage" und „Zusicherung" als Fälle der Gewährleistung	28—29
IX. „Zusage" und „Zusicherung" sind Rechtshandlungen	29—31
X. Der Garantievertrag	31—33

Literatur-Verzeichnis.

Adler: Beiträge zum Recht der Gewährleistung ZfHR. 75/453 ff.

„ Kaufrechtliche Untersuchungen, Grünhuts Z. 39/511 ff.

Albrecht: Die Rechtsnatur der Zusicherung einer Eigenschaft beim Kauf. Diss. Göttingen 1929.

Altsmann: Das Recht des B.G.B. 1922.

Bach: Über die Zusicherung von Sacheigenschaften beim Kauf. Diss. Heidelberg 1915.

Bechmann: Geschichte des Kaufs im Römischen Recht Bd. I—III.

von Blume: Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. In Jherings J. 55/209.

Birkle: Die Nebenleistungspflichten beim Kauf. Diss. Köln 1929.

Chone: Die Zusicherung einer noch nicht vorhandenen Eigenschaft etc. Gruchot 61. S. 199 ff.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1927.

Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897.

„ Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache. In Recht 1902, S. 333 ff.

„ Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache nebst Anhang über dicta und promissa. In Arch. ziv. Prax. 78, 122.

Crüger: Muß der Käufer eine fehlerhafte Sache annehmen? Diss. Breslau 1930.

Denkschrift: Zu dem Entwurf eines B.G.B.

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 4. Auflg. 1915.

Dörge: Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages unter besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendbarkeit beim Kaufvertrag. Diss. Göttingen 1928.

Dörr: Die Haftung des Verkäufers für die Fehler der Sache. LZ. 1918, S. 888 ff.

Ehrenbergs: Handbuch 2, I.

Ebbecke: Zusicherung. Recht 1911, S. 817.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache. b./Gruchot 43, 305 ff.

Ehrlich: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf. Diss. Greifswald 1900.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1930.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle: B.G.B. 1927.

Fischer, Hans Albrecht:
Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden. Jherings J. 51/159 ff.

von Gierke, Otto:
Deutsches Privatrecht, Bd. III 1927.

Görtmüller: Die Mängelhaftung nach deutschem und schweizerischem Recht — ein Vergleich. Diss. Erlangen 1920 (Maschinenschrift).

Grell: Der Garantievertrag nach geltendem Privatrecht. Diss. Leipzig 1910.

Hanausek: Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware 1883/1887.

Haymann: Die Haftung des Verkäufers für die Be-

schaffenheit der Kaufsache, Studie zum klassischen römischen Rechte 1912.

Haymann: Anfechtung, Sachmängelgewähr etc. beim Kauf 1913.

„ Fehler und Zusicherung beim Kauf in „Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben". (Festgabe für das Reichsgericht). Bd. III S. 317 ff.

„ Haftung für unmittelbaren und mittelbaren Schaden beim Kauf. Festschrift für Bonfonte, Pavia 1929.

„ Haben die Römer den Gattungskauf gekannt? Jherings J. 79, S. 95 ff.

Heilfron: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1902.

Hellbach: Mängel der verkauften Sache. Recht 1905 S. 6 ff.

Henle: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 1926.

Hoeniger: Gemischte Verträge in ihren Grundformen. LZ. 11/578.

Horn: Die Haftung für Nebenmängel beim Viehkauf nach bürgerlichem Recht. Diss. Heidelberg 1928.

Ichenhäuser: Die Gewährleistung für zugesicherte Eigenschaften der Kaufsache. Diss. Heidelberg 1912.

Kahr: Anfechtung und Wandlung beim Kauf. Diss. Erlangen 1927.

Kloß: Gewährleistung wegen Mängel und Fehler der Kaufsache. Sächs. Arch. für Bürgerl. Recht, 9, 273 ff.

Kluckhohn: Sachmängel und Abnahmepflicht. b. Gruchot 59, 1038 ff.

Koenige: HGB. 1929.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II Erster Teil 1906.

Kommentar der *Reichsgerichtsräte* zum B.G.B.

Kroener: Der Garantievertrag und seine Abgrenzung von der Bürgschaft. Diss. Erlangen 1911.

Krückmann: Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt. Arch. ziv. Prax. 131, 1 ff. und 257 ff.

Krahmer: Gegenseitige Verträge 1904.

Kuhlenbeck: Gewährleistung des Verkäufers. JW. 1901, 108, 217.

Lehnsdorf: Die zugesicherten Eigenschaften beim Kauf. Diss. Breslau 1911.

Lenel: Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften. Arch. ziv. Prax. 123, 161 ff.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des B.G.B. 1929.

„ Verschulden beim Vertragsschlusse 1910.

Levy: Sponsio, fidepromissio und fideiussio.

Mainz: Das Fehlen zugesicherter Eigenschaften beim Kauf einer Sache. Diss. Leipzig 1909.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.

Matthissen: Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung. JW. 37/60.

Meyer: Der Garantievertrag nach heutigem Recht. Diss. Greifswald 1912.

Monscher: Über den Garantievertrag. Diss. Königsberg 1921.

Motive zum B.G.B.

Nowicki: Wie weit ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache frei von Mängeln und Fehlern zu liefern? Diss. Erlangen 1907.

Oertmann: B.G.B. 1929.

„ Die Geschäftsgrundlage 1921.

Oertmann: Die Entstehung der ädilizischen Ansprüche Seuff. BL. f. R. A. 76, S. 1 ff.

Planck-Knocke: Kommentar zum B. G. B. 1928. Rechtsprechung der OLG.

Roth: Gewährleistung wegen Sachmängel beim Species-Kauf. JW. 1913, S. 1081 ff.

Pisco: Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware 1928.

Roos: Die Garantieklauseln des industriellen Werk- und Werklieferungsvertrages. Diss. Hamburg 1930.

Rühmekorf: Die Gewährschaftsübernahme für die Güte oder Verwertbarkeit einer Hypothek als Garantievertrag. Diss. Göttingen 1928.

Schneider: Zusicherung bei Käufen, Recht 1903, 522.

Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. Jherings J. 49, S. 93 ff.

Schroeder: Zur Lehre von der Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem B.G.B. Diss. Halle 1903.

Schultetus: Die Haftung des Verkäufers für zugesicherte Eigenschaften. Diss. Leipzig 1907.

Schuster: Der Rechtsbegriff der durch Garantievertrag begründeten Garantie. Diss. Breslau 1928.

Siebert: Die zugesicherten Eigenschaften in den §§ 459 ff. B.G.B. Diss. Marburg 1912.

Soergel: B.G.B. 1926, 1929.

Stammler: Der Garantievertrag, eine zivilistische Abhandlung. Arch. für zivilistische Praxis 69, S. 1 ff.

Staub: Kommentar zum H.G.B. 1921.

von Staudinger: Kommentar zum B.G.B. 1927.

Steinke: Der Begriff der zugesicherten Eigen-

schaften und die Haftung dafür. Diss. Leipzig 1904.

Stölzle: Viehkauf. 1926.

„ Gerichtliche Entscheidungen über den Viehkauf.

„ Zusicherung oder Garantievertrag? JW. 1930, S. 2461.

Studemund: Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel nach § 459 B.G.B. Diss. Rostock 1928.

Süß: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. 1931.

Warneyer: Kommentar zum B.G.B. 1923/1930.

Wetzel: Das Wesen der Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache. Diss. Erlangen 1910.

Wiener: Zur Lehre vom Schadensersatz neben der Wandlung. Arch. ziv. Prax. 120, 260.

Wienstein: Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? In Arch. Bürg. R. 31, S. 1 ff.

Windscheid: Die Voraussetzung. Arch. ziv. Prax. 78, 161 ff.

Wolff: Sachmängel beim Kauf. Jherings J. 56, S. 1 ff.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt, wie bekannt, nicht rein deutsches Recht wieder. Vielmehr hat es sich, und dies ganz besonders im zweiten Buche, römisch — rechtlichen Anschauungen angelehnt. Es kann daher nur forderlich sein, in einem geschichtlichen Rückblick das, was heute gemeinhin als „Zusicherung" in die Erscheinung tritt, in seinen Uranfängen aufzusuchen und in seiner historischen Entwicklung bis auf unser B.G.B. zu verfolgen.*)

A. Römisches Recht.

I. Entwicklung der Zusicherung beim Kauf von den 12 Tafeln bis zum Aedilen-Edikt.

Die älteste Übereignungsform des römischen Zivilrechts ist die mancipatio.[1]) Hier erfolgte die Zusicherung von Eigenschaften in der besonderen Form der nuncupatio, durch die sich der Verkäufer ausdrücklich verpflichtete, dafür einzustehen, daß die Eigenschaften auch vorhanden sind. Die zwölf Tafeln kennen eine Haftung nur für „ea, quae essent lingua nuncupata".[2]) Während die mancipatio nur die abstrakte Übereignungsform darstellte, ein reines Formalgeschäft war, gab die nuncupatio dem Geschäft im Einzelnen den Inhalt, der durch besondere Abreden feierlich verlautbart wurde.

Später erscheinen in den Quellen die Worte: „dicta et promissa",[3]) wobei dicta die bei Vertragsabschluß als vorhanden angegebenen Eigenschaften bedeuten, während man als promissa die in Stipulationsform ergehenden ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften bezeichnete.

*) *Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich nur auf Zusicherungen in Bezug auf Sachmängel, und auch hier ist nur der Species-Kauf behandelt.*

[1]) *Bechmann, Kauf I, S. 47 ff.*

[2]) *12 Tafeln VI, 1. vergl. Gaius lib. II § 104: nuncupare est palam nominare.*

[3]) *Nicht „dicta promissa" ohne die Verbindung mit et, wie verschiedentlich zu lesen ist. Gerade das et bringt zum Ausdruck, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Worten besteht. S. Mainz a. a. O., S. 4, Anm. 1.*

Die Stipulatio ist der älteste römische Verbalkontrakt, den Bechmann[4]) in seinen Anfängen als „sponsio" bis ins Sakralrecht zurückverfolgt. Die Sponsio[5]) war in ihren Anfängen die feierliche Bekräftigung obligatorischer Zusagen, wie Verträgen, Prozeßkautionen und dergleichen. Später bezeichnete sie sowohl die Verbürgung als auch im Gegensatz zu dieser als der akzessorischen die prinzipale, hier nur interessierende Verpflichtung des Hauptschuldners, die vom anderen Teil geforderte Leistung zu erfüllen. Damit wurde sie zu einem Formalvertrag, der stipulatio. Der Gläubiger fragte den Schuldner, ob er sich zu einer bestimmten Leistung verpflichte, der Schuldner bejahte dies, indem seine Antwort wörtlich mit der Frage des Gläubigers übereinstimmte. Man muß unterscheiden die stipulatio zwischen cives Romani untereinander, die stipulatio zwischen cives Romani und peregrini, sowie die zwischen peregrini untereinander. Bei der ersteren war die Formel: spondesne? spondeo! vorgeschrieben. Bei Beteiligung von Peregrinen oder bei der stipulatio unter diesen gebrauchte man die Ausdrücke promittis? promitto! Infolge des jeweiligen Formelgebrauches führte die stipulatio bald den Namen sponsio, bald promissio. In späterer Zeit erklärte man die Verwendung bestimmter Wortformen überhaupt für unerheblich.

Mit fortschreitender Entwicklung des Handels ließ man die Stipulationsform der sponsio fallen und ersetzte sie durch die nun für cives Romani und peregrini gleiche „promissio".[6])

Promissum war dann derjenige Formalvertrag, durch den sich der Käufer die Fehlerfreiheit oder die Eigenschaft einer Sache versprechen ließ. Die Literatur[7]) nennt ihn die Garantiestipulation. Daneben gab es aber auch noch eine formlose promissio, die Ulpian in seiner bekannten Legaldefinition[8]) „nuda promissio" nennt. Diese war jedoch ohne wesentliche Bedeutung und kam so selten vor, daß man sie vollkommen in Vergessenheit geraten ließ.

In scharfem Gegensatz zu den promissa standen die dicta. Sie sind immer einseitig und formlos. Durch sie sagte der Verkäufer nur, was ist, er brachte eine für den

---

[4]) *a. a. O. I, S. 348 ff.*

[5]) *Vergl. Levy a. a. O., S. 1, 9, 29 ff.*

[6]) *s. dazu Levy a. a. O., S. 9.*

[7]) *Bechmann a. a. O. I, S. 392, Endemann a. a. O. I, S. 985, Haymann, Haftung d. Verk., S. 19.*

[8]) *s. weiter unten.*

Vertragsabschluß und für Inhalt und Umfang des Vertrages relevante Tatsache zur Anzeige, zur Kenntnis des Käufers, während das Promissum eine unmittelbare Richtung auf die Rechtserzeugung hatte. Die dicta waren rein tatsächliche Geschäfte, wie etwa die formlose traditio. Ulpian[9]) hebt den Unterschied zwischen dictum und promissum wie folgt hervor:

‚dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus quod verbotenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur, promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum.'

Daraus erhellt eindeutig, wie scharf man damals unterschied. Die dicta waren immer formlos und betrafen nur die Angabe von tatsächlichen Verhältnissen, waren nur die „beiläufige" Erwähnung von Eigenschaften, durch die der zum Kauf noch nicht entschlossene Käufer zu diesem ermuntert werden sollte, während die promissa, teils förmlich, teils formlos[10]) immer eine Verpflichtung des Verkäufers darstellten. Das promissum wurde so ausgelegt, daß der Verkäufer versprach, dem Käufer den Schaden zu ersetzen, den er dadurch erleidet, daß er auf die Richtigkeit der Zusage vertraute.[11]) Das dictum dagegen war nichts mehr und auch nichts weniger als eine formlose Behauptung des Verkäufers, die Sache habe diese oder jene Vorzüge. Nach Haymann[12]) war es, „dogmatisch gesehen, ein bloßes asservare, pronuntiare, d. h. eine Vorstellungsmitteilung, eine Erklärung, daß die Kaufsache so oder so sei." Es war eine rein unverbindliche Aussage des Verkäufers, der den Käufer zum Abschluß eines Vertrages bringen wollte.

II. dicta und promissa im ädilitischen Recht.

Mit fortschreitender Ausdehnung des römischen Weltreichs gewann auch das ius gentium, das ist das Recht der peregrini untereinander und zwischen ihnen und den cives Romani, immer mehr an Bedeutung. Infolge seiner Eigenart als internationales Recht war es viel handlicher und fort-

[9]) *L. 19 § 2 D. de aed. ed. (Bei Bechmann a. a. O. I, S. 253. Vergl. dessen Ausführungen dazu).*

[10]) *s. oben.*

[11]) *Haymann, Haftung des Verk., S. 21.*

[12]) *Derselbe, Festgabe für das Reichsgericht, Bd. III, S. 329, ebenso Haftung des Verk., S. 1 ff.*

schrittlicher als das schwerfällige, auf alter Tradition beruhende Recht der römischen Bürger untereinander, das ius civile, so daß es langsam das für alle Bewohner des römischen Weltreichs, cives Romani wie peregrini, verbindliche Recht wurde. Diese Entwicklung brachte es mit sich, daß jetzt auch die rechtliche Behandlung der dicta und promissa mehr in den Vordergrund trat.

Die curulischen Ädilen, welche seit dem Jahre 367 v. Chr. den aediles plebis zur Seite traten, und denen die Rechtsprechung in Marktsachen oblag, haben hier insofern eine bedeutsame Änderung geschaffen, als sie auch den Käufer schützten, der in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit eines formlosen dictum den Kauf abgeschlossen hatte, vorausgesetzt, daß das dictum genau bestimmt, konkret und substanziiert war und sich dadurch von einer leeren Anpreisung unterschied. Die Ädilen erkennen das dictum als rechtsverbindlich an, jedoch mußte es in der Art erfolgen, daß der Käufer erkennen konnte, es sei in animo obligandi abgegeben. Marktschreierische Anpreisung der Waren, nuda laus, hatte daher keine rechtsverbindlichen Folgen. Ulpian sagt L. 19 pr., S. 21, 4:[13])

„sciendum tamen est quaedam etsi dixerit praestare venditorem non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent, veluti si dixerit frugi probum dicto audientem.'

Hier tritt der Unterschied zwischen ernstlich gemeinter Zusage und bloßer Anpreisung klar zutage. Letztere Äußerungen dienten nur zur Empfehlung der Kaufsache und erzeugten keinerlei Ansprüche des Käufers. Der Verkäufer konnte in diesem Falle nur wegen dolus haften, wenn es ihm lediglich darauf ankam, den Käufer in betrügerischer Absicht zum Kauf zu animieren.[14])

Durch Schaffung der actio redhibitoria und actio quanti minoris wurden nun die Käuferrechte und Verkäuferpflichten eindeutig festgelegt. Sowohl dem auf ein dictum, wie dem auf ein promissum vertrauenden Käufer stand das Recht zu, den Kauf rückgängig zu machen oder den Kaufpreis zu kürzen. Das promissum wurde darüber hinaus so ausgelegt, daß der Verkäufer auch noch versprach, den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer aus der Unwahrheit der Garantie erwachsen konnte, also als ein Versprechen der

[13]) *Bechmann a. a. O. III, S. 153.*
[14]) *Hanausek a. a. O. I, S. 76.*

Leistung des positiven Interesses an der garantierten Beschaffenheit.

III. Die Zusicherung beim Kauf bis 1900.

So war der Kauf zu einem bonae fidei negotium geworden, wo nicht mehr auf Grund der stipulatio gehaftet wurde, vielmehr begründeten nun die dicta et promissa, letztere auch weiterhin als feierliche Versprechen, die Rechtsverbindlichkeit selbst. In Bezug auf die Gewährleistungsansprüche gab es keinen Unterschied zwischen dicta und promissa.[15]) Will man sprachlich und formell doch noch unterscheiden, so bedeutete dictum den bei den Kaufverhandlungen angegebenen[16]) Vorzug, während promissum „eine Steigerung in sich selbst“[17]) schließt, den besonders zugesicherten Vorzug bedeutete. Dieser sprachliche Unterschied trat aber völlig hinter die gleiche Behandlung beider bezüglich der Gewährleistungsansprüche zurück. Jetzt erst, nicht schon vor dem ius aedilium kann man von „dicta promissa“, ohne die Verbindung mit et, sprechen.[18]) Das Gemeine Recht hat diese Gleichheit übernommen, und jahrhundertelang hat man daran festgehalten, da man ja noch bis zu den Beratungen zum B.G.B., sogar noch darüber hinaus, überzeugt war, jene rezipierten Stellen der Digesten seien klassisch, d. h. also gäben den Rechtszustand wieder, der in der damaligen Zeit bestand, während nunmehr feststeht, daß durch die Bearbeitung der Quellen durch die Glossatoren, Postglossatoren und Kommentatoren manches anders ausgedrückt und modernisiert wurde und so das richtige Verständnis des damaligen Rechtszustandes sehr erschwerte. Gerade die betreffenden Digesten-Stellen behandelten das dictum in seinen Gewährsfolgen ebenso wie das promissum, indem sie auch für ein dictum den Ersatz des Vertrauensschaden begründeten.[19])

---

[15]) *So auch Bach a. a. O., S. 4 und die dort angeführte Literatur. Hanausek a. a. O., S. 65, 76. Haymann, Festgabe S. 331, derselbe Haftung des Verkäufers, §§ 3, 5. Lenel, Arch. Ziv. Prax. Nf. 3, 181 ff.*

[16]) *Haymann, Festgabe, S. 329.*

[17]) *Steinke a. a. O., S. 14.*

[18]) *s. oben S. 1 Anm. 3.*

[19]) *Haymann, Haftung d. Verk., S. 23 ff.*

B. Das Recht des B.G.B.

Da sich das B.G.B., ganz besonders in den Vorschriften über den Kauf, eng an das römische Recht anschließt, kann es nicht Wunder nehmen, wenn die Vermengung der Begriffe dictum und promissum und ihrer Rechtsfolgen auch in unser B.G.B. Eingang gefunden hat.

I. Die Anpreisung.

Bevor an die Klärung der Frage, die das Thema der vorliegenden Arbeit ausmacht, herangegangen werden kann, ist zunächst folgendes festzustellen:

Die Zusicherung beim Kauf ist eine der vielen Erklärungen, die der Verkäufer, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, dem Käufer abgibt. Schon im römischen Recht sind wir Äußerungen des Verkäufers begegnet, die nichts mit einem dictum, geschweige denn mit einem promissum zu tun hatten. Diese gilt es auch jetzt von vornherein auszuscheiden. Es sind die leeren Anpreisungen zum Zwecke des Kundenfanges oder zur Empfehlung des Kaufgegenstandes. Sie sollen den anderen Teil geneigt machen, die Sache zum Zwecke des Ankaufes zu besichtigen. Eine solche Anpreisung ist anzunehmen, wenn sich der Verkäufer nur in allgemeinen Ausdrücken über die Güte oder die Wohlfeilheit der Ware ergeht. Dem Käufer bleibt es überlassen, sich selbst von der Richtigkeit dieser Äußerungen zu überzeugen. Wir begegnen solchen Anpreisungen auf Schritt und Tritt in der Form der Reklame. Die Literatur hat sie einhellig als „verkehrsübliche, ohne den Anspruch auf Glaubwürdigkeit auftretende, vage Anpreisung“ [1]) bezeichnet. Auch die Rechtsprechung [2]) macht einen Unterschied zwischen Zusicherung und Anpreisung. Es wird nun

[1]) *Staub a. a. O., Anm. 41 c zu § 377; Enneccerus a. a. O., S. 367; Altsmann a. a. O., S. 108; Oertmann a. a. O., S. 596; Warneyer, Kommentar, S. 866; von Staudinger a. a. O., S. 662; Soergel a. a. O., S. 791; Planck-Knocke a. a. O., S. 697 ff.; Koenige a. a. O., S. 770.*

[2]) *RG. 101, 64; 114, 239; 61, 86; 103, 22; bei Gruch. 50, 374.*

oft schwer fallen, diese beiden auseinander zu halten und von einander abzugrenzen, d. h. also festzustellen, wann eine Erklärung rechtsverbindlich ist und wann nicht. Die Anpreisung hat lediglich den Zweck, die Kaufsache zu empfehlen, Dritte zum Kauf zu ermuntern. Mit dem Hinweis auf diesen Zweck ist aber das Kriterium, es handelte sich ganz zweifelsohne um eine bloße Reklame, noch nicht gefunden. Derartige Erklärungen können sehr wohl die Deutung zulassen, daß der Verkäufer dabei an die rechtlichen Folgen einer wirklichen Zusicherung denkt, daß er, wenn z. B. die angebotene „Primaqualität" eben nicht von „Prima Qualität" ist, damit einverstanden ist, wenn der Käufer Wandlung oder Minderung fordert.[3]) Ebensowenig kann man die Unterscheidung auf die in der Literatur fast ausnahmslos wiederkehrende Wendung der „unbestimmten, verkehrsüblichen", Anpreisung abstellen. Was die Unbestimmtheit angeht, so soll wohl nicht gemeint sein, die Anpreisungs-Erklärung sei unbestimmt, z. B. das Brettspiel sei hochinteressant, sondern die Eigenschaft des Spieles. Dann würden alle so allgemein gehaltenen Erklärungen des Verkäufers immer nur Anpreisungen sein, zur rechtsverbindlichen Zusicherung demnach immer die Bestimmtheit der Eigenschaft gehören. Wie erklärt es sich aber dann, daß wir in der Rechtsprechung[4]) oft genug solchen allgemein gehaltenen Zusicherungen begegnen, etwa wie: „Die Erstklassigkeit wird zugesichert", „die Pferde sind vollkommen gesund"?

Diese Auslegung muß zu eng sein. Klarer tritt der Unterschied zwischen leeren Anpreisungen und Zusicherung zutage, wenn man sich die Definition: die Anpreisung „trete ohne den Anspruch auf Glaubwürdigkeit" auf, näher ansieht, oder die: es handelte sich dabei nur um „leere Redensarten". Deswegen sei die Anpreisung rechtlich irrelevant. Hier genügt der Hinweis auf § 118 B.G.B., um den Unterschied klar herauszustellen. Die Erklärung des Verkäufers, die nicht ernstlich gemeint und in der Erwartung abgegeben worden ist, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig. Hierunter fällt eben die Anpreisung, die Reklame.[5]) Der Erklärende will und soll nicht beim Wort genommen werden, selbst wenn der andere Teil den Willensmangel tatsächlich nicht erkannt hat. Er-

[3]) *RG. 95, 120.*
[4]) *s. die Beispiele bei Wetzel a. a. O., S. 3.*
[5]) *RGRK. §§ 118; Wetzel, S. 4 a. M.; Albrecht, S. 15.*

kannte er jedoch die Nichternstlichkeit, dann liegt ein Fall des § 116, S. 2 B.G.B. vor. Es kommt also für die rechtliche Bedeutungslosigkeit nicht darauf an, ob die Erwartung des Verkäufers oder der Mangel der Ernstlichkeit aus den Umständen erkennbar war, ob also der Käufer die Erklärung ernst nehmen konnte oder nicht. § 118 B.G.B. ist der Maßstab, an welchem derartige Erklärungen des Verkäufers, gleichgültig ob sie vor oder während der Vertragsverhandlungen abgegeben wurden, zu messen sind. Dem Sinne nach wollten dies auch die Motive [6]) ausdrücken, wenn sie sagen, die Zusicherung muß eine ernste sein.

II. Die Angabe.

1. Unter Vorbehalt.

Eine weitere Art von Verkäufererklärungen ist vor der Behandlung der Zusicherung auszuscheiden. Wetzel [7]) nennt sie „die Angabe". Auch sie ist, das sei vorweg genommen, rechtsunverbindlich. Dererlei Angaben können in der Praxis in verschiedener Form auftreten.

Der Verkäufer erklärt z. B.: „Soweit ich weiß, ist dieses Pferd immer gesund gewesen", oder „dieses gebrauchte Auto ist vollständig durchrepariert, wie ich mir habe sagen lassen". Hier wird die Angabe einer Eigenschaft, „vorbehaltlich ihrer Richtigkeit" gemacht, wobei der Vorbehalt ausdrücklich ausgesprochen wird.

Es kommen aber auch Fälle vor, wo solche Erklärungen ohne den ausdrücklichen Vorbehalt doch auf den ersten Blick als nur mit Vorbehalt abgegeben erkannt werden müssen. So fand ich beispielsweise in den Auslagen einer Breslauer Antiquitätenhandlung ein primitives Schwert, daneben lag ein Zettel mit der Aufschrift:

„Boxerschwert Rmk. 6.—". Hier machte der Verkäufer den stillschweigenden Vorbehalt: „Ich habe es als Boxerschwert erworben. Sollte es jedoch nicht echt sein, dann habe ich ja den Preis schon so niedrig bemessen, daß Du, Käufer, erkennen kannst, ich wolle mich für die Echtheit des Schwertes nicht verbürgen." Ein solcher geheimer Vorbehalt der Unrichtigkeit der Erklärung läßt sich mit einem Hinweis auf §§ 133, 157 B.G.B. vollauf rechtfertigen

[6]) *Mot. 2, 225.*
[7]) *a. a. O., S. 6.*

und ist auch in der Rechtssprechung nicht selten.[8]) Die Erklärung ist durchaus ernstlich gemeint, nur soll der, ausdrückliche oder geheime, Vorbehalt dem Käufer die Möglichkeit nehmen, rechtliche Folgerungen aus dem Nichtzutreffen der Erklärung zu ziehen. So hat z. B. das RG. JW./1899, 506[69] eine Mitteilung nicht als eine Tatsache gewürdigt, sondern in dem Sinne aufgefaßt, der Beklagte habe von anderen Personen Mitteilungen erhalten, aus denen ein Schluß auf die Tatsache gezogen werden könne. Derartige Erklärungen sind unverbindlich, weil ihnen ja der Verpflichtungswille fehlt. Das ist auch dann der Fall, wenn es sich nicht um Behauptungen einer Tatsache, wie in den gewählten Beispielen, sondern um Erklärungen handelt, die etwa in der unbestimmten Form: „ca. 20 to" abgegeben sind. Hier kann diese Form gewählt sein, um eine Menge von Ware unverbindlich zu schätzen oder eine solche Schätzung zur Grundlage der Berechnung einer Vorauszahlung zu machen.[9]) Auch hier liegt schon begrifflich der Vorbehalt der Unrichtigkeit in dieser Erklärung. „Die Äußerung des Verkäufers steht einem Rat oder einer Empfehlung gleich."[10])

2. Als Ausdruck der persönlichen Meinungsäußerung des Verkäufers.

Auf derselben Linie bewegen sich Äußerungen und Urteile, durch die der Verkäufer lediglich seine Meinung über die Kaufsache abgibt.[11]) Wenn er sagt: „Ich habe an dem Auto noch keine größeren Reparaturen gehabt", dann bringt er damit zum Ausdruck, daß nach seiner Überzeugung der Wagen noch einen hohen Gebrauchswert habe. Es ist kein asservare, pronuntiare im Sinne der Römer, da dieses immer eine Tatsache voraussetzt: Der Wagen hat die oder jene Eigenschaft. In dem gewählten Beispiel aber will sich der Verkäufer garnicht so bestimmt ausdrücken, damit nicht etwa der Käufer im Vertrauen auf diese Äußerung kaufe. Dieser soll vielmehr selbst das Risiko tragen, wenn sich das Gegenteil herausstellt.

---

[8]) *JW. 1899, 506/69; 1906, 107/4; RGZ. 62, 267; 66, 133; 70, 86.*

[9]) *RG./JW. 1908, 477/5.*

[10]) *Wetzel a. a. O., S. 7.*

[11]) *Ebbecke a. a. O., S. 817; Staub a. a. O., S. 188.*

Man könnte auch hier einen geheimen Vorbehalt des Verkäufers konstruieren, wie ja die Grenzen der beiden Angaben unter 1. und 2. zueinander äußerst flüssig sind. Des Falles unter 2. mußte jedoch Erwähnung getan werden, da er jedenfalls denkbar ist, mag er auch selten vorkommen.

III. Der bedingte Kauf.

Der Käufer kann auch auf das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften einen solchen Wert legen, daß er den Kaufvertrag nicht abschließen will, wenn die Eigenschaften fehlen. Der Kauf soll nur dann gelten, wenn die Sache zur Zeit des Vertragsschlusses oder des Gefahrüberganges diese Eigenschaften hat, er ist also von einer Bedingung abhängig. Es kann sich dabei um eine echte Bedingung handeln, um eine dem Rechtsgeschäfte zugefügte Bestimmung, durch welche seine Rechtswirkungen von einem zukünftigen, ungewissen Ereignisse abhängig gemacht werden, so etwa, wenn der Käufer den Erwerb einer Gastwirtschaftseinrichtung davon abhängig macht, daß er die Konzession erhalte, oder wenn er eine Kuh nur kaufen will, wenn sie von dem Stier des Verkäufers trächtig würde. Diese Bedingungen können auflösende oder aufschiebende sein.

Keine wahre Bedingung liegt vor, wenn die Rechtswirkung von einem in der Vergangenheit oder in der Gegenwart liegenden Ereignis abhängig gemacht wird, (Fall der sogenannten condicio in praesens seu in praeteritum collata). Das Ereignis oder ein schon bestehender Zustand ist hier nur unter den Beteiligten ungewiß. Die scheinbare Bedingung ist dahin zu verstehen, daß der Sachverhalt festgestellt und daß danach beurteilt werden soll, ob die Rechtswirkung eingetreten ist:[12]) Zum Beispiel: Ich kaufe einen Flußdampfer unter der Bedingung, daß er nicht zu breit ist, damit er überall durchgeschleußt werden kann. Das B.G.B. läßt diesen Fall als selbstverständlich unerwähnt.

Dieser an sich gangbare Weg über die Bedingung, sich eine Eigenschaft zusichern zu lassen, hat mit der Zusicherung selbst nichts zu tun. Der Vorteil, daß hier die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes eintritt, ohne daß es einer Willenserklärung des Käufers bedürfte, wird von dem Nachteil aufgewogen, der darin liegt, daß dem Käufer kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zusteht, er auch die

[12]) *RGRK., Anm. vor § 158.*

Sache nicht behalten darf. Für die Praxis ist es empfehlenswerter, sich die Eigenschaft zusichern zu lassen (s. dazu die Ausführungen weiter unten), da dann unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrages vom Käufer im Gegensatz zum bedingten Kauf der Wandlungs- oder Minderungsanspruch und unter den Voraussetzungen des § 463, S. 1, auch der Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht werden kann.

Es muß der Auslegung des Vertrages überlassen bleiben, ob ein bedingter Kauf oder eine Zusicherung gemeint war. Meist wird es sich um die Zusicherung handeln, die nur in der Gestalt: „Unter der Bedingung, daß" „in der Voraussetzung, daß" auftritt.

So selten diese Fälle auch sind und sein werden, mußten sie dennoch im Rahmen dieser Untersuchung wegen ihres tatsächlichen Vorkommens erwähnt werden.

IV. Das vertragsmäßige Rücktrittsrecht.

Dasselbe gilt von dem vertragsmäßigen Rücktrittsrecht, das vereinbart wird, wenn eine Eigenschaft fehlt. Das Rücktrittsrecht führt aber im wesentlichen zu demselben Ergebnis wie das Wandlungsrecht bei der Zusicherung. Es wird, im Rahmen der vorliegenden Unterscheidungen gewertet, noch seltener vorkommen, als der bedingte Kauf.

V. Die Zusicherung:

1. Ist nach der herrschenden Ansicht für §§ 459 Abs. 2 463 S. 1 nur die vertragsmäßige Garantie.

Nachdem alle eben besprochenen Verkäufererklärungen für die Betrachtung der Zusicherung ausscheiden, kann diese also nur zwischen ihnen und dem am Ende der vorliegenden Untersuchung behandelten selbständigen Garantievertrag liegen, der unabhängig von den Gewährleistungsgrundsätzen den allgemeinen Regeln des B.G.B. folgt.

Als Zusicherungen können also nur solche Verkäufererklärungen gedeutet werden, die bestimmt oder wenigstens bestimmbar und geeignet sind, den Käufer eine bestimmte Beschaffenheit der Ware glauben zu machen, und welche zu erkennen geben, daß der Verkäufer sich ihrer rechtlich verpflichtenden Kraft bewußt ist.

Sowohl § 459 Abs. 2, wie auch § 463 S. 1 — auf die Betrachtung dieser beiden Stellen beschränkt sich die vorliegende Arbeit, — sprechen von zugesicherten Eigenschaften. Wo steckt hier das „promissum" und wo das „dictum"? Oder hat man eines von beiden unberücksichtigt gelassen und welches? Nach den Protokollen [13]) hat in der zweiten Kommission eine Minderheit den Antrag gestellt, doch eine Scheidung zwischen Zusicherung und Garantieversprechen [14]) vorzunehmen, da der Entwurf beides miteinander vermenge und teilweise den Verkäufer unbillig behandle, teilweise den Käufer zu sehr begünstige. Der Antrag wurde jedoch mit der Entgegnung zurückgewiesen, eine solche Unterscheidung werde unpraktikables Recht schaffen und die Zahl der Prozesse vermehren, da man in der Praxis in den seltensten Fällen werde die einfache von der qualifizierten Zusicherung (Garantieversprechen) [15]) unterscheiden können. Ebenso entspräche es Treu und Glauben und der Verkehrsauffassung, daß der Verkäufer, wenn er etwas zusichere, eben uneingeschränkt dafür einstehen müsse, im Zweifelsfalle sei die weitergehende Haftung anzunehmen. In der amtlichen Denkschrift [16]) findet sich der Passus, „die Zusicherung einer Eigenschaft enthalte nach der Verkehrsauffassung regelmäßig die Übernahme einer Garantie für das Vorhandensein der Eigenschaft." [17]) Damit wurde die Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz gerechtfertigt.

Diese Auffassung hat sich dann jahrzehntelang in Judicatur und Literatur gehalten. Es war dem Reichsgericht vorbehalten, hier Wandel zu schaffen,[18]) indem es den Schadensersatzanspruch aus § 463 nur im Falle des Garantieversprechens, der „qualifizierten Zusicherung" gab. Nach RG. 54, 223 muß die Zusicherungserklärung vom Käufer „vertragsmäßig" verlangt, vom Verkäufer in „vertragsmäßig" bindender Weise abgegeben worden sein.

„Nicht jede bei Gelegenheit von Kaufverhandlungen über den Kaufgegenstand abgegebene Erklärung, nicht jedes

---

[13]) *Prot. I 687, 688.*

[14]) *Im Sinne von dictum und promissum!*

[15]) *Im Sinne von dictum und promissum!*

[16]) *Denkschrift zu § 463.*

[17]) *Damit ist das dictum unter das promissum subsumiert worden.*

[18]) *RG. 54, 223; RG. 66, 279; RG. 97, 351; RG. 99, 147; RG. 114, 239; RG. 115, 287; RG. in LZ. 1916, S. 222; RG. in LZ. 1928, S. 1385; RG. in Recht 1926, Nr. 1936.*

Dictum des Verkäufers kann ohne weiteres als Zusicherung betrachtet werden."

Nach dieser Ansicht ist Zusicherung nur die „vertragsmäßige" Garantie, nicht auch schon die ernsthaft gemeinten Zusagen des Verkäufers über Eigenschaften der Sache, die auf den Entschluß des Käufers, zu kaufen oder nur zu diesem Preise zu kaufen, von Einfluß sind oder sein können.

Der weitaus größte Teil der Literatur ist dem Reichsgericht in dieser seiner Führung gefolgt,[19]) während einzelne Schriftsteller[20]) sich gegen eine solche Einengung der Zusicherung wandten. Nach der herrschenden Ansicht ist also das dictum wie in den Tagen der Klassiker keine geeignete Grundlage mehr für den Schadensersatzanspruch. Auch die Klassiker hätten dem Käufer nur im Falle einer ernsthaften Garantie, eines promissum, das Erfüllungsinteresse gewährt bei Unwahrheit einer Angabe über die Beschaffenheit der Kaufsache. Denn es sei unbillig, dem Käufer das Erfüllungsinteresse an der Wahrheit der Angaben zuzusprechen und den Verkäufer für die Richtigkeit seiner Angaben in der Weise einstehen zu lassen, daß er dem Käufer im Falle einer unrichtigen Angabe alles das verschaffen muß, was dieser bei der Wahrheit der Zusage gehabt hätte. Haymann[21]) bringt dafür folgendes Beispiel:

Wenn ein Privatmann einen Ring mit Stein gutgläubig und schuldlos, etwa auf das Urteil eines sonst bewährten Fachmannes bauend, unzutreffend beim Verkauf als echt bezeichnet, so erscheine es unerträglich, dem Käufer, der vielleicht billig den Ring erworben hat, das Erfüllungsinteresse, vielleicht eine Million zuzusprechen, um die der Ring mit dem großen, täuschend geschliffenen Stein an Wert steigt, wenn der Stein wirklich ein echter Brillant gewesen wäre. Wenn der Verkäufer die unwahre Angabe nicht gemacht

[19]) *RGRK. § 459 II b; Enneccerus, § 331, Note 25; Düringer-Hachenburg III, S. 159 ff.; Planck-Knocke, § 459 2 a; v. Staudinger, § 459 IV, 1 a; Staub, (1927) § 377 Anm. 41; Oertmann, (in Ehrenbergs Handbuch) IV 2, S. 472 ff., der einseitig „bindende" Garantieübernahme genügen lassen will; Soergel a. a. O., zu § 459; Lehnsdorf a. a. O., S. 13; Mainz a. a. O., S. 57; Markiewitz a. a. O., S. 40; Wetzel a. a. O., S. 21.*

[20]) *Vor allem Wolff in Jherings J. 56, S. 43 ff.; Franz Haymann, die Haftung des Verk., S. 140; derselbe in Anfechtung, S. 44.*

[21]) *Festgabe, S. 334.*

hätte, dann hätte der Käufer auch nicht die Sache mit der angeblichen Eigenschaft, sondern höchstens diese gar nicht oder billiger erworben. Das führe also höchstens zu dem negativen Interesse. Ein Erfüllungsanspruch erscheine nur bei einer ernsthaften Garantieabrede gerechtfertigt.

2. § 459 Abs. 2 enthält jedoch die ernsthafte Zusage.

Das Reichsgericht hat also als Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften über die Zusicherung gefordert, daß unter dem Begriff „Zusicherung" nur die „vertragsmäßige" Garantieabrede, die „qualifizierte Zusicherung" verstanden werden darf.

Hier wirft sich nun die Frage auf: Wollte dann unser B.G.B. einen Käufer „recht- und schutzlos" lassen, der auf durchaus ernstgemeinte und auch so aufzufassende Zusagen des Verkäufers, welche aber o h n e „vertragsmäßige Garantie" abgegeben waren, baute und sich nachher in seinem Vertrauen getäuscht sah? Das B.G.B. hat sich das römische Recht zum Vorwurf genommen und hätte diesen Schritt zurückgetan? Die Ädilen gaben dem Käufer die Rechtsbehelfe der Wandlung oder Minderung, wenn die Sache nicht die zugesagten Eigenschaften hatte und er sich deswegen in seinen berechtigten Erwartungen über die Beschaffenheit der Kaufsache getäuscht sah. Und seine Erwartungen waren berechtigt, wenn sie den ernst zu nehmenden Angaben des Verkäufers nicht entsprachen, wobei es nicht darauf ankam, ob diese Angaben durch vertragsmäßige Garantie verstärkt worden waren oder nicht.[22])

Noch ganz unter dem Einfluß der Materialien[23]) hat das Reichsgericht die Gleichung aufgestellt: Zusicherung = „vertragsmäßige Garantie". Damit ist die Zusicherung aus § 459 Abs. 2 identifiziert mit der aus § 463, S. 1. § 459 Abs. 2 gibt als Rechtsfolge nur Wandlung oder Minderung, § 463, S. 1 aber auch einen Anspruch auf Schadensersatz. Schon rein äußerlich sind so diese beiden §§ voneinander unterschieden und erinnern an die Regelung bei den Ädilen. Während bei einem dictum Wandlung und Minderung gegeben waren, haftete der Verkäufer bei einem promissum auch auf das positive Interesse.

Neben der vom Reichsgericht für den Zusicherungs-

[22]) *Manigk a. a. O., S. 704; Haymann, Festgabe, S. 336.*
[23]) *Prot. I, 687, 688; Denkschrift zu § 463.*

begriff geforderten „vertragsmäßigen" Garantie kann es doch aber auch durchaus ernst gemeinte Äußerungen des Verkäufers geben, bei denen es ihm aus irgend welchen Gründen nicht möglich war, sich ein genaues Bild von der Sache zu machen, um nachher eine Eigenschaft zusichern zu können, wo er vielleicht selbst auch wieder auf das Urteil seines Verkäufers angewiesen ist. War in dem oben genannten Beispiel mit dem Ringkauf (S. 14) der Verkäufer nicht sachkundig, konnte er sich aber auf das Urteil des Fachmannes verlassen und hat er deswegen dann durchaus gutgläubig und schuldlos dem Käufer erklärt, daß der Stein echt sei, dann hat der Verkäufer die Erklärung durchaus ernsthaft abgegeben, der Käufer hat auf sie gebaut und den Ring gekauft. Er sah sich dann, wenn der Stein nicht echt ist, in seinen berechtigten Erwartungen über die Beschaffenheit des Steines getäuscht.

Der Vergleich mit dem dictum der Ädilen drängt sich hier von selbst auf. Auch sie haben dem Käufer, der auf ein formloses dictum vertraute, die Rechtsbehelfe der Wandlung und Minderung gegeben, und das kann auch nur die ratio legis für § 459 Abs. 2 sein. Während der Verkäufer in § 463, S. 1 verspricht, die Sache habe diese oder jene Eigenschaften, deklariert, konstatiert er in § 459 Abs. 2 nur, die Sache sei so oder so beschaffen, habe diese oder jene Eigenschaft.[24])

3. Die herrschende Meinung berücksichtigt die ernsthafte Zusage bei § 459 Abs. 1.

Der Rechtsgedanke der Ädilen, daß, wenn die Beschaffenheit der Kaufsache gegen eine bestimmte und ernst gemeinte Zusage des Verkäufers verstieß, der Käufer dann das Recht auf Wandlung oder Minderung hatte, hat sich auch trotz der herrschenden einseitigen Auslegung des Zusicherungsbegriffes als „vertragsmäßige" Garantie bis auf den heutigen Tag erhalten und ist sogar in vielen höchstrichterlichen Entscheidungen,[25]) wenn auch unter der falschen

[24]) *Haymann, Festgabe, S. 339; derselbe Anfechtung, S. 45 ff.; Pisco a. a. O., S. 20.*

[25]) *RG. 67, 86; RG. 70, 82; RG. 95, 45; RG. 97, 351 ff.; RG. 99, 147; RG. 101, 64 ff.; RG. 114, 239; RG. 115, 286 ff.; RG. in LZ. 1911, 927; RG. in LZ. 1916, 222; RG. in LZ. 1916, 1181; RG. in LZ. 1928, 1385 ff.; RG. Warneyer, 1927, 245; RG. in Recht, 1914, Nr. 2638.*

Flagge des „Fehlers", verankert. Folgender Fall lag dem Reichsgericht zur Entscheidung vor:[26]) Der Kläger hatte vom Beklagten zwei Geigen für den Preis von 8500.— Rmk. gekauft. Er klagte auf Rückzahlung des Kaufpreises, indem er den Vertrag wegen Irrtums und Täuschung anfocht und ferner Wandlung mit der Behauptung geltend machte, ihm sei versichert worden, daß die Geigen von vorzüglicher Klangschönheit und besonders guter Qualität seien, daß sie einen hohen Kunstwert als sogenannte Sologeigen hätten und für den Preis noch billig seien. In Wirklichkeit aber hätten sie keine künstlerische Qualität, keinen guten Ton, sondern seien bloße Orchestergeigen, die 700—800 Rmk. wert seien. Das Reichsgericht hat zu Recht[27]) die Anfechtung zurückgewiesen, indem es sagte, dem Käufer sei neben den Gewährleistungsansprüchen die Anfechtung des Kaufes wegen wesentlicher Mängel der Kaufsache überhaupt versagt. Weiter führt das Reichsgericht aus, daß es sich in dem Kaufvertrage wohl um Sologeigen gehandelt habe, auf denen künstlerische Leistungen hätten erzielt werden sollen. Aber es liege Spezies-Kauf vor, und der sei durch Übereignung der Geigen, so wie sie sind, erfüllt. Wenn auch der Verkäufer gutgläubig den Wert der Geigen, wie er sich durch Stärke und Schönheit des Tones bestimme, viel zu hoch eingesetzt und beide Parteien Sologeigen vorausgesetzt haben, so seien aber damit die Geigen noch nicht fehlerhaft. Denn „Fehler im Sinne des § 459 sei ein Abweichen von der normalen Beschaffenheit, und hier liege nur ein Abweichen von dem vorausgesetzten Wert vor." Es sei niemals ein Fehler einer Geige, daß sie hinter anderen Geigen zurückstehe. Die Bezeichnung als Orchestergeigen sei eine Frage der Qualität. Hier handelte es sich aber darum, ob die Geigen Fehler oder Mängel aufwiesen. „Eine Orchestergeige sei doch keine fehlerhafte Sologeige." Der Verkäufer habe eine besondere Gewähr dafür, daß die Geigen auch 8500.— Reichsmark Wert seien, abgelehnt. Die Klage sei demnach unbegründet, da der Kläger, wenn auch zu teuer, so doch nicht fehlerhafte Geigen gekauft habe.

In dieser Entscheidung hat das Reichsgericht also den Begriff des Fehlers nach § 459 auf das rein Objektive, auf das Abweichen von der normalen Beschaffenheit abgestellt und nicht von Parteivoraussetzungen über besondere Vorzüge abhängig gemacht. Dasselbe findet sich in dem Urteil RGZ.

[26]) *RGZ. 97, 351 ff.; Haymann, Festgabe, S. 317 ff.*
[27]) *Haymann, Anfechtung, S. 11 ff.*

67, 86, wo gesagt wird, das Fehlen der bloß vorausgesetzten, nicht vertraglich zugesicherten Höhe des Ertrages einer Sache sei kein Fehler im Sinne des § 459 I.

Eine Abweichung von diesem Standpunkt findet sich in RGLZ. 1916, S. 222. Der Kläger hatte Samen gekauft, der dazu bestimmt war, in der Provinz Posen ausgesät zu werden. Das Reichsgericht sagt nun, „es wäre selbstverständlich gewesen, daß Samen geliefert werden sollte, der sich nach seiner Herkunft für die klimatischen Verhältnisse jener Provinz eignete." Ungeeignete Herkunft könne sehr wohl einen Fehler darstellen, der die Tauglichkeit der Sache zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebe oder mindere. Ebenso hat das Reichsgericht in dem Falle entschieden, wo der Kläger ein Haus mit Keller und Ausstellungsraum kaufte,[28]) welche Räume nach der Voraussetzung des Kaufvertrages bewohnbar sein sollten, während es sich nachher herausstellte, daß der Käufer sie als Wohnräume nicht vermieten konnte. In dieser Unbewohnbarkeit hat das Reichsgericht einen Fehler im Sinne § 459 Abs. I gesehen.

Es hat also seinen anfänglichen objektiven Standpunkt in Bezug auf den Fehlerbegriff verlassen und stellt es, wie auch in dem bekannten Urteil RGZ. 99, 147 auf das rein subjektive Moment ab. In dem dem letztgenannten Urteil RGZ. 99, 147 zugrunde liegenden Fall ist Haakjöringsköd verkauft worden, welches in der norwegischen Sprache Haifischfleisch bedeutet. Beide Parteien glaubten aber, Haakjöringsköd bedeute Walfischfleisch und wollten auch solches kaufen und verkaufen. Es wird nun in dem Urteil ausdrücklich gesagt, daß der gelieferten Ware die Eigenschaft fehle, Walfischfleisch zu sein, und wenn diese Eigenschaft auch vielleicht nicht als im Sinne des § 459 Abs. 2 zugesichert zu gelten hatte, so war sie doch jedenfalls so wesentlich, daß ihr Fehlen einen Sachmangel im Sinne des § 459 Abs. 1 darstellte.

Hier ist also als Walfischfleisch gekauftes Fleisch fehlerhaft, weil es nicht Walfischfleisch, sondern Haifischfleisch ist.

Schon die Ädilen[29]) erkannten als Fehler, als vitium oder morbus, nur eine Abweichung von der normalen Beschaffenheit der Gattung, der die Sache angehört, an. Diese

---

[28]) *RGZ. 70, 82 ff.*

[29]) *Pisco a. a. O., S. 8; Haymann, Anfechtung, S. 13, 44; Enneccerus a. a. O. I, 2, § 331 Note 3; Oertmann, Die Entstehung der aed. Ansprüche a. a. O., S. 1 ff.; RGZ. 67, 88.*

Abweichung, etwa eines Sklaven oder Zugtieres, von der Norm mußte dann so beträchtlich sein, daß sie seinen gewöhnlichen Gebrauch für Menschen beeinträchtigte.

Der Begriff „Fehler" zerfiel also in eine Zweiteilung: Anormalität und Beeinträchtigung des gewöhnlichen Gebrauchs durch die Anormalität. Alle Naturdinge haben erfahrungsgemäß eine Norm, sie alle richten sich nach einer ganz bestimmten Regelmäßigkeit. Es ist die „natura rei". Auch erst durch menschliche Arbeit hervorgebrachte Produkte werden nach einer bestimmten Norm hergestellt.

Es kommen aber auch Abweichungen von dieser Regelmäßigkeit vor. Sie stören aber so lange nicht, bis man die Sache nicht in Gebrauch nimmt und auch erst dann, wenn die Anormalität diese Sache nicht so gebrauchen läßt, wie eine normale. Auch das B.G.B. hat in enger Anlehnung an das römische Recht in § 459 Abs. 1 den Begriff des Fehlers dahin scharf umrissen, indem es dort sagt: „. . . nicht mit Fehlern behaftet sind, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern." Und zwar muß es sich um eine erhebliche Minderung handeln. Also auch hier die Zweiteilung wie in Rom! Auch hier muß es sich zunächst um die Frage handeln: Ist die Sache anormal? Ist sie, als Natursache, gegen ihre natura rei gestaltet? Ist sie, als menschliches Produkt, abweichend von den für ihre Herstellung maßgebenden Gesichtspunkten gebaut? Und nur, wenn diese Fragen bejaht werden, darf man weiter prüfen, ob die Abweichung so erheblich ist, daß sie den gewöhnlichen oder vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert. Der Begriff des Fehlers darf also nur nach rein objektiven Merkmalen gewertet werden![30])

Nach diesen Ausführungen wird es klar, daß das Reichsgericht, in den besprochenen Entscheidungen und noch oft, sowie die ihm folgende und herrschende Meinung in der Literatur, die beiden Fehlervoraussetzungen, die streng auseinander gehalten werden müssen, miteinander vermengen und so dem Fehlerbegriff eine Auslegung geben, die ihm sowohl bei Betrachtung des römischen Rechts wie des B.G.B. einfach nicht zukommen kann. Haymann[31]) nennt eine solche Auslegung „eine aller Tradition widerstreitende Erweiterung des Fehlerbegriffs des § 459 Abs. 1" und weist nach, daß alle modernen ausländischen Gesetzgebungswerke

[30]) *s. dazu Haymann, Festgabe, S. 325 ff.*
[31]) *Festgabe, S. 324, 337 ff.*

diese Zweiteilung des Fehlerbegriffs übernommen haben, so der Code civil, das Niederländische, Schweizerische, Schwedische, Dänische, Norwegische, Österreichische, Spanische, Brasilianische Recht.

4. § 459 Abs. 2 enthält die „Zusage", § 463 S. 1 die „Zusicherung".

In den als Beispielen besprochenen Urteilen ist also das Haus nicht fehlerhaft, weil es Keller und Ausstellungsräume hat, die unbewohnbar sind. Es ist die natura rei solcher Räume, nicht bewohnbar zu sein. Sie werden es erst durch entsprechende Umbauten. Diese Räume entsprachen also völlig der für sie aufgestellten Norm. Als Walfischfleisch verkauftes Haifischfleisch ist nicht fehlerhaft, weil es Haifischfleisch ist. .

Die Sachen ermangeln aber der besonderen Vorzüge, die ihnen der Verkäufer beigelegt hatte. Das Haus oder die Räume oder das Haifischfleisch, obwohl als Objekte ihrer Gattung untadelig und normal, sind Kaufgegenstände gewesen, nachdem der Verkäufer dem Käufer über ihre Beschaffenheit Angaben gemacht hatte, die sich nachher als unrichtig herausstellten. Der Käufer hat im Vertrauen auf diese Angaben den Kaufvertrag geschlossen. Die Angaben waren auch durchaus ernst gemeint und wurden vom Käufer so aufgefaßt. Denn sonst hätte er wohl nicht kontrahiert. Was ist das alles Anderes als die Zusicherung des § 459 Abs. 2? Wenn also im Ergebnis den Entscheidungen des Reichsgerichts, die, auf der subjektiven Fehlerauffassung beruhend, hier dem Käufer Wandlung oder Minderung zusprechen, festgehalten wird, dann deshalb, weil eine Zusicherung, d. h. eine ernsthafte Zusage nach § 459 Abs. 2, nicht ein Fehler nach § 459 Abs. 1 vorlag.

Unbewußt hat also das Reichsgericht dem noch von den Materialien ausdrücklich als rechtsunverbindlich abgelehnten dictum der Römer wieder zur Geltung verholfen und bei seinem Vorliegen, wie in Rom, die Rechtsbehelfe der Wandlung oder Minderung gegeben.

Die gleiche Bezeichnung „Zusicherung" sowohl in § 459 Abs. 2 als auch in § 463, S. 1 darf deshalb kein Grund sein, die beiden dort verankerten Begriffe nicht klar auseinander zu halten. Man sollte in Zukunft dann wenigstens in § 459

Abs. 2 von „einfacher", in § 463, S. 1 von „qualifizierter" Zusicherung sprechen. Haymann[32]) nennt sie „assertorische" und „promissorische" Zusicherung.

Eindeutiger aber ist es, das Wort „Zusicherung" ganz aus § 459 Abs. 2 zu verbannen und zu unterscheiden zwischen „Zusage" (§ 459 Abs. 2) und „Zusicherung" (§ 463, S. 1).

§ 459 Abs. 2 läßt sich dann mit aller Prägnanz und völlig verständlich so lesen:

> „Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesagten Eigenschaften hat."

Schon Max Wolff[33]) hat vor zwanzig Jahren in einer beachtenswerten Abhandlung über Sachmängel beim Tausch den gleichen Vorschlag gemacht, die Zusicherung des § 459 Abs. 2 als dictum, die des § 463, S. 1 als promissum aufzufassen. Auch Wolff sagt dort,[34]) es wäre ein Rückschritt, wollte man das dictum rechtlich ignorieren, das dazu bestimmt sei, den Käufer über die Beschaffenheit der Sache zu unterrichten, und deshalb geeignet sei, bei dem Käufer die berechtigte Erwartung zu begründen, die Kaufsache werde die angegebene Eigenschaft besitzen. Er fährt dann fort:

> „Die Auffassung, der Verkäufer könne sagen was er wolle, wenn es nur nicht in der Form eines Garantieversprechens geschehe, so sei es bedeutungslos, wird modernen Juristen schlechterdings unverständlich erscheinen, und jeder Versuch, sei es des Gesetzes, sei es einer höchstrichterlichen Entscheidung, das dictum für bedeutungslos zu erklären, wird in der täglichen juristischen Praxis auf unüberwindlichen Widerstand stoßen."

Auch Crome[35]) will de lege ferenda für „zugesicherte Eigenschaften" in § 459 Abs. 2 „angegebene", in § 463, S. 1 „garantierte" Eigenschaften setzen. Auf dem gleichen Standpunkt steht Franz Haymann,[36]) der sich um die Klärung der Begriffe ein großes Verdienst erworben hat.

---

[32]) *Festgabe, S. 343; so auch Staub a. a. O., § 377.*
[33]) *Iherings J. 56, S. 1 ff.*
[34]) *a. a. O., S. 48.*
[35]) *Arch. Ziv. Prax. 78, S. 141.*
[36]) *Festgabe, S. 328 ff., 339.*

VI. Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie im Anschluß an §§ 459 ff.

Die §§ 459 ff. tragen die gemeinsame Überschrift: „Gewährleistung wegen Mängel der Sache". Das Gesetz gibt keine Definition des Begriffes der Gewährleistung, wie es auch die Gewährleistung nicht in einem eigenen Abschnitt, sondern vorkommendenfalls mit bei den einzelnen Rechtsinstituten behandelt. Den Gegensatz zur Gewährleistung bildet die Erfüllung. Der grundlegende Unterschied dieser beiden Pflichten zueinander ist bisher nie recht klar erkannt worden.[37]) Auch das Gesetz selbst spricht manchmal von Erfüllungspflichten, wo solche gar nicht in Frage stehen können, und umgekehrt. Da aber die weitere Untersuchung, die das Thema der vorliegenden Arbeit ausmacht, von einer reinlichen Scheidung der Begriffe „Erfüllung" und „Gewährleistung" und der sich hieraus ergebenden Folgen abhängig ist, muß im Folgenden in den durch das Thema gesteckten Grenzen zu diesen Fragen Stellung genommen werden.

Im Anschluß an die §§ 459 ff. haben sich zwei Theorien herausgebildet: Die Erfüllungstheorie und die Gewährleistungstheorie. Um von dem Beispiel auszugehen: Jemand hat einen Ring mit einem Stein gekauft, mit der Zusicherung, der Stein sei echt. Er ist jedoch unecht. Kann nun der Käufer verlangen, daß ihm dieser Ring als mit einem echten Stein verkauft geliefert werde, und kann er, da dieser unmöglich ist, die Rechte aus der Nichterfüllung des Vertrages geltend machen, oder stehen ihm nur die Rechte aus §§ 462, 463 zu? Kann er die Annahme und Abnahme des Ringes verweigern, und wie ist der Schadensersatz zu berechnen?

Hier sagt nun die Erfüllungstheorie, daß auf die Gewährung der Fehlerfreiheit geklagt werden könne, denn der Ausdruck Schadensersatz wegen Nichterfüllung bedeute Ersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages. Also habe dem Gesetz der Gedanke zugrunde gelegen, daß die Gewährung der Fehlerfreiheit, bezw. das Bestehen der zugesicherten Eigenschaft zur Leistungspflicht gehöre. Während nun ein Teil der Verfechter der Erfüllungstheorie[38]) deduziert, die Zusicherung sei Bestandteil des

[37]) *s. Süß a. a. O., S. 10 ff.*

[38]) *Endemann, S. 992, § 161 Anm. 31; Staub, Anm. 42 zu § 374, Anm. 3 zu § 377; Staudinger, S. 682, Anm. 8 zu § 463; Dernburg, DJZ. 1903, 4.*

Kaufvertrages (darüber s. weiter unten) und deswegen habe der Verkäufer, wenn er die Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft übereignete, den Vertrag erst teilweise erfüllt, so daß der Käufer erst, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse habe, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen könne, sonst nur den Schaden, der ihm aus dem Fehlen der Eigenschaft entstanden sei, meint das Reichsgericht, das ebenfalls auf dem Standpunkt der Erfüllungstheorie [39]) steht, der Käufer habe die Sache nur mit den ganz bestimmten zugesicherten Eigenschaften gekauft, die Lieferung einer Sache ohne diese Eigenschaften stelle daher gleichsam ein aliud dar, damit läge völlige Nichterfüllung vor, also könne der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen. Auch werde nach der Gewährleistungstheorie der Käufer gezwungen, mangelhafte Ware anzunehmen, eine solche Lieferung habe aber für ihn regelmäßig dieselbe Bedeutung wie die Nichtlieferung.

Um die Unrichtigkeit der Erfüllungstheorie einzusehen, muß man sich folgendes vergegenwärtigen:

Wie das Reichsgericht richtig annimmt, hat der Käufer die Sache nur mit den ganz bestimmten zugesicherten oder zugesagten Eigenschaften gekauft. Klarer ausgedrückt: Verkauft ist die Sache, so wie sie ist. Es liegt Species-Kauf vor, also eine ganz bestimmte Sache. Über sie hat der Verkäufer irgend welche Zusicherungen gemacht. Geschuldet ist die Species-Sache, also ihre Übergabe und Verschaffung des Eigentums an ihr. Leistet der Verkäufer die Sache so, wie sie ist, dann hat er den Vertrag voll erfüllt. Es darf nicht übersehen werden, daß es sich hier um einen Species-Kauf handelt. Leistung mit der bestimmten Sache ist volle Vertragserfüllung. Unlogisch und falsch ist es daher, von einer teilweisen Nichterfüllung zu sprechen, wenn sich herausstellt, daß der Sache die zugesicherten Eigenschaften fehlen.[40]) Auch ist dann nicht etwa mangelhaft erfüllt.

> „Die Leistung einer mangelhaften Sache ist nicht eine mangelhafte Leistung; sondern beim Species-Kauf ist die Leistung der mangelhaften Sache oder der Sache ohne die zugesicherten Eigenschaften volle Erfüllung;

[39]) *s. Entscheidungen, RG. 52, 352 ff.; RG. 53, 70; RG. 57, 399; RG. 64, 240; RG. 66, 279 ff.; RG. JW. 1912, 46*[17]; *RG. JW. 1915, 1003; RG. Warn. 1909, Nr. 200.*

[40]) *s. Albrecht a. a. O., S. 42 ff.*

wenn man bei diesem irreführenden Worte bleiben zu müssen glaubt, eine mangel f r e i e Erfüllung.“ [41])

Wenn das Gesetz nun an den Sachmangel Folgen knüpft, dann nicht deshalb, weil mangelhaft oder schlecht erfüllt ist oder sich der Verkäufer mit der Lieferung der mangelhaften Sache einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht hat, sondern weil t r o t z der vollen Erfüllung des Vertrages eben die Interessen des Käufers noch nicht gewahrt sind. Gemäß § 362 B.G.B. erschöpft sich die Erfüllungspflicht des Verkäufers darin, daß er die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt, d. h. in Schuldtilgungsabsicht bewirkt. Die „Haftung“ ist das Einstehen, der Einsatz, die rechtliche Belangbarkeit wegen einer bestimmten Schuld, d. h. für den Fall, daß diese nicht erfüllt wird.[42]) Auf eine klare Formel bringt Süß [43]) den Unterschied von Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht:

„Die Erfüllungspflicht ist die Verpflichtung, einen in Vertrag oder Gesetz festgelegten Erfolg herbeizuführen.“

„Die Gewährleistung dagegen geht nicht darauf, einen vertraglich oder gesetzlich festgelegten Erfolg herbeizuführen, sondern für einen Zustand einzustehen, zu dessen Herbeiführung man eben gerade nicht verpflichtet ist, also Rechtsnachteile zu übernehmen, obwohl man erfüllt hat, obwohl man nicht verpflichtet ist, den gewährleisteten Zustand zu schaffen“,

und:

„Auf Grund der Gewährleistungspflicht haftet man für etwas, für einen Zustand, einen Erfolg, das Eintreten einer Tatsache oder Vorhandensein einer Eigenschaft, aber man hat niemals diesen Zustand selbst herbeizuführen, wie bei der Erfüllungspflicht. Beide Pflichten begründen also eine Haftung, aber eine Haftung, die völlig verschiedenen Inhalt hat: Bei der Erfüllungspflicht hat man den Erfolg herbeizuführen, bei der Gewährleistungspflicht kann von der Pflicht zur Herbeiführung eines Erfolges niemals die Rede sein.“ [44])

Beim Species-Kauf hat der Verkäufer mit der Übergabe

---

[41]) *Süß a. a. O., S. 49.*
[42]) *Staudinger, Vorbemerkung zu § 241.*
[43]) *Süß a. a. O., S. 19.*
[44]) *Süß a. a. O., S. 50.*

und der Eigentumsverschaffung an der verkauften Sache alles getan, was zur Erfüllung nötig ist. Er ist also nicht verpflichtet, Mängel, die im Zeitpunkt der Übergabe da waren, zu beseitigen, jedoch haftet er für sie.[45])

Der Käufer einer Species-Sache kauft die Sache so, wie sie ist. Der Verkäufer erfüllt mit ihrer Lieferung den Vertrag. Der Käufer hat aber seine Gegenleistung auf eine Sache mit den zugesicherten Eigenschaften abgestimmt. Das Gleichgewicht[46]) zwischen Leistung und Gegenleistung wird nun, unabhängig von einem Verschulden des Verkäufers, wiederhergestellt durch Wandlung oder Minderung.

§ 463 spricht nun neben den Gewährleistungsansprüchen von „Schadensersatz wegen Nichterfüllung". Aus seiner Stellung im System sollte man annehmen, daß er ein Gewährleistungsanspruch sei. Betrachtet man aber seine Worte selbst, dann wäre er ein Erfüllungsanspruch. Doch dann kann er kein Gewährleistungsanspruch sein. Und da hier ganz offensichtlich keine Erfüllungspflicht besteht, so ist ein Anspruch wegen Nichterfüllung unlogisch. Bei einer Nichterfüllung sind ja die Interessen des Käufers dadurch gewahrt, daß er auf Erfüllung klagen kann, oder er hat die Ansprüche aus § 325, wenn dem Verkäufer die Leistung vertretbar unmöglich ist. Bei unvertretbarer Unmöglichkeit des Verkäufers verliert dieser den Anspruch auf die Gegenleistung des Käufers nach § 323, er selbst wird nach § 275 frei. Bei teilweiser unvertretbarer Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 323 zweiter Halbsatz, 472, 473. Unter Umständen hat der Käufer den Bereicherungsanspruch über § 323 Abs. 3. In allen diesen Fällen ist also das Gleichgewicht nicht im mindesten gestört, jedenfalls nicht rechtlich, wenn auch vielleicht augenblicklich tatsächlich. Und nur wenn rechtlich das Gleichgewicht gestört ist, tritt die Gewährleistungspflicht als Ausgleich ein.[47])

Der Schadensersatzanspruch aus § 463 ist also weder ein Erfüllungs- noch ein Gewährleistungsanspruch, vielmehr

[45]) *Vertreter der Gewährleistungstheorie sind u. a. Schollmeyer a. a. O.; Oertmann, Kommentar zum B.G.B. 2 a zu § 459; Haymann, Anfechtung, S. 17 ff.; Enneccerus a. a. O. § 335; Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, S. 343; Nowicki a. a. O.; Wetzel a. a. O., S. 90 ff.; Roth, JW. 1913, S. 1081 ff.; Staudinger a. a. O. II, 2, Vorbem. 1 d vor § 459.*

[46]) *Süß a. a. O., S. 55 ff.*

[47]) *Süß a. a. O., S. 85.*

weist Süß[48]) überzeugend nach, daß er auf culpa in contrahendo aufgebaut ist. Das ist sofort klar bei der Arglist des Satz 2. Es muß aber auch bei Satz 1 als ratio legis angenommen werden. Denn es ist durchaus einleuchtend, daß der Verkäufer, der, wenn er eine Eigenschaft zusichert, d. h. ganz ausdrücklich zusagt, den Käufer durch seine Äußerung also ganz besonders sicher in seinem Vertrauen auf ihre Richtigkeit macht, verpflichtet ist, sich die zu verkaufende Sache ganz besonders genau anzusehen. Tut er dies nicht und sichert er trotzdem eine Eigenschaft zu, von der er nicht positiv weiß, daß sie auch vorhanden ist, dann begeht er eine Fahrlässigkeit, denn er weiß es nicht ganz genau. Dolus eventualis ist dem B.G.B. unbekannt. Zum Vorsatz fehlt ihm die Sachkenntnis. Hat er aber diese und sichert er jetzt trotzdem zu, ohne sich zur Herbeiführung dieser Eigenschaft verpflichten zu wollen, dann handelt er vorsätzlich. Will er sich zur Herbeiführung verpflichten, dann liegt keine Zusicherung, sondern, wie weiter unten dargelegt wird, ein Garantievertrag vor. Der Schadensersatzanspruch ist also ein solcher wegen culpa in contrahendo. Und „da eine Haftung für culpa in contrahendo vom B.G.B. nicht schlechthin anerkannt ist,[49]) so ist es nur natürlich, daß für diesen Spezialfall auch eine Sonderregelung getroffen wurde.“ [50]) Es ist ein Anspruch wegen des Fehlers.[51]) Er ist also vom Gesetz völlig irreführend hier als Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezeichnet. Wenn der Verkäufer nicht zugesichert hätte, dann hätte der Käufer entweder gar nicht oder billiger gekauft. Die Sache hätte jedoch niemals die zugesicherte Eigenschaft erhalten. Statt des von vielen geforderten positiven Interesses ist hier nur das Negative begründet.

VII. Der Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel.

Bei der Frage nach dem Rechtsgrund des Gewährschaftsrecht begegnet man in der Literatur den ver-

[48]) *a. a. O., S. 87 ff.*
[49]) *RG. 95, 58; RG. 62, 150; RG. 88, 103.*
[50]) *RG. 95, 58; RG. 62, 150; RG. 88, 103.*
[51]) *Süß a. a O., S. 88; so anscheinend auch Haymann, Haftung des Verkäufers, S. 36; ebenso, wenn auch in anderem Zusammenhange RG. 66, 279 ff.*

schiedensten Theorien. Es hieße den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen, wenn man auf alle diese Theorien im Einzelnen eingehen und ihr Für und Wider im Einzelnen erörtern wollte. Ich muß mich darauf beschränken, auf die Schrift von Süß[52]) zu verweisen, in der alle diese Theorien und Probleme in dankenswerter Übersichtlichkeit und Genauigkeit bis ins Einzelne erörtert werden. Im Folgenden soll daher unter Beachtung der durch die Themaabgrenzung gesteckten Grenzen versucht werden, den Rechtsgrund aus dem oben entwickelten Wesen der Gewährleistung zu finden.

Um wieder vom Beispiel auszugehen: Der Verkäufer hat einen Ring mit einem Stein verkauft, und, sei es zugesagt, sei es zugesichert, der Stein sei echt. Der Käufer hat dieser Verkäufererklärung vertraut und hat den Ring gekauft. Der Vertrag ist mit der Übergabe des Ringes voll erfüllt, da es sich um einen Species-Kauf handelt. Nun stellt sich heraus, daß der Stein nicht echt ist. Trotz voller Erfüllung ist jetzt das Gleichgewicht (s. oben), das bei dem synallagmatischen Kaufvertrage seines Wesens wegen vorhanden sein muß, nicht vorhanden. Der Käufer hat seine Erwartungen, die er auf den Ring setzte, einem Ringe mit einem echten Stein angepaßt, d. h. er hat, weil er einen solchen Ring erwartete und auch durchaus erwarten konnte, überhaupt gekauft oder gerade diesen Preis geboten. Hätte er gewußt, daß der Stein unecht sei, dann hätte er entweder gar nicht oder nicht zu diesem Preise gekauft. Wie wird nun dem Käufer geholfen? Nach dem subjektiven Maßstabe, den die Parteien an den Vertrag gelegt haben, kann der Käufer, wenn die Sache ohne die zugesagten oder zugesicherten Eigenschaften kein Interesse mehr für ihn hat, vom Vertrage durch die Geltendmachung der Wandlung loskommen. Hat er dagegen nur noch ein vermindertes Interesse an der Sache, so kann er eben den Kaufpreis kürzen. So wird das rechtliche Gleichgewicht wiederhergestellt. Aus dem Umstande, daß der Käufer sich beim Kauf auf Grund der Erklärungen des Verkäufers irgend welche berechtigten Vorstellungen gemacht hat,[53]) geht hervor, daß er, wenn er das Fehlen der Eigenschaften gekannt hätte, auch jetzt sich über die Sache Vorstellungen gemacht hätte, und zwar die, daß die Sache entweder für ihn kein Interesse habe — dann hätte er nicht gekauft, — oder daß sie ihm nicht soviel, wie verlangt, wert

[52]) *a. a. O., S. 122.*
[53]) *So auch Manigk a. a. O., S. 704 ff.*

sei, — dann hätte er zu einem niedrigeren Preise gekauft. Weil ein gegenseitiger auf Austausch gerichteter Vertrag sinnlos würde, so könne dem Käufer nach Treu und Glauben auch nicht zugemutet werden, eine Leistung zu bewirken, die mit der Gegenleistung in schroffem Mißverhältnis steht. Wie er den Vertrag nicht oder zu mindesten nicht zu diesen Bedingungen geschlossen hätte, wenn er das Mißverhältnis der beiden Leistungen zueinander gekannt hätte, so habe er auch nach Treu und Glauben voraussetzen dürfen, daß die Sache so beschaffen sei, wie er sich sie vorgestellt habe, d. h. also mit der Eigenschaft.[54]) Die Beschaffenheit der Sache so, wie er sie sich vorgestellt habe, sei somit die für seine Willenserklärung wirksame Voraussetzung gewesen. Diese Voraussetzung hat den Käuferwillen beeinflußt und damit auch die nachher getätigte Form beschränkt. „Weil er nicht gewußt hat, hat er gewollt, wie er nicht gewollt hätte, wenn er gewußt hätte," so bringt es Süß[55]) auf die prägnante Formel. Er nennt dies im Anschluß an Krückmann[54]) den virtuellen Vorbehalt. Auf seine Ausführungen kann hier, wenn auch ausdrücklich, so doch nur verwiesen werden.[56])

VIII. „Zusage" und „Zusicherung" als Fälle der Gewährleistung.

Die hier vertretene Auffassung vom Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung auf Zusage und Zusicherung angewandt, ergibt nun Folgendes:

Der Rechtsgrund der Haftung für zugesagte wie zugesicherte Eigenschaften beruht also darauf, daß dem Käufer die Zahlung des Kaufpreises oder das Verbleiben beim Vertrag wegen des mangelnden Gleichgewichts nicht zugemutet werden kann, wenn die Eigenschaften fehlen. Denn er hätte dann eben nicht oder nicht zu diesem Preise gekauft, wenn der Verkäufer nicht die Erklärungen über die Kaufsache ab-

---

[54]) *Krückmann a. a. O., S. 9 ff.*

[55]) *a. a. O., S. 165.*

[56]) *Diese Auffassung vom Rechtsgrund der Gewährleistung als der „Voraussetzung als virtuellem Vorbehalt" habe ich mir ausdrücklich zu eigen gemacht, weil ich sie von allen den von Süß a. a. O., S. 122 ff. behandelten Theorien für die nur aus den Wesen der Gewährleistung allein zu erklärende und einzig logische halte.*

gegeben hätte. Weil der Verkäufer die Erklärungen abgegeben hat, deswegen hat der Käufer überhaupt oder nur zu diesem Preise kontrahiert. Bei der Zusage nach § 459 Abs. 2 ist dies ohne Weiteres klar, wird es aber auch, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Zusicherung aus § 463, S. 1 nichts weniger, aber auch nichts mehr ist, als die „ganz ausdrückliche Zusage", die aber etwa mit dem Zusatz . . . . verlaß Dich darauf! — oder auf eine entsprechende Frage des Käufers hin abgegeben werden kann. Sonst wäre es ja nicht die ausdrückliche Zusage, sondern die Zusage aus § 459 Abs. 2! Aus dem Tonfall läßt sich ohne die Frage des Käufers oder einen entsprechenden Zusatz des Verkäufers eine ausdrückliche Zusage wohl niemals feststellen. Jedenfalls sind dann die Grenzen immer sehr flüssig. Und, auf den Tonfall bei ihrer Abgabe abgestellt, würde es immer zu den größten Verwirrungen führen, ja sogar im Prozeß einen Beweis für eine solche ausdrückliche Zusage unmöglich machen. Daher kann das Kriterium nur das sein: Sagt der Verkäufer von sich aus irgend etwas über die Kaufsache aus, dann liegt eine Zusage vor, nach einer Frage des Käufers oder mit einem entsprechenden bekräftigenden Zusatz eine Zusicherung.

Beiden ist die Ernstlichkeit immanent. Daraus folgt aber nicht, daß der Verkäufer sich verpflichten wollte. Denn die Folgen der Wandlung oder Minderung knüpft das Gesetz schon an die bloße tatsächliche Inäquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung. Der Verkäufer braucht also niemals den Verpflichtungswillen zum Tragen dieser Folgen zu haben. Er muß sie tragen, wenn der Käufer es will, weil eben schon und auch nur infolge des Kausalzusammenhanges zwischen der falschen Behauptung und der dementsprechenden Vorstellung eine dieser Folgen ex lege, aber doch nach Wahl des Käufers in Frage stehen.

IX. „Zusage" und „Zusicherung" sind Rechtshandlungen.

Damit entfällt die von der herrschenden Meinung für die „Zusicherung" geforderte „Vertragsmäßigkeit".[57]) Sowohl Zusage wie Zusicherung sind nur einseitig, die einseitige Erklärung des Verkäufers über die Kaufsache, wegen deren Vorliegen sich der Käufer eine Vorstellung über die

[57]) *s. oben S. 12 ff.*

Sache macht, die ihn veranlaßt, so zu handeln, wie er eben handelt.

Wie bereits oben dargelegt, sind die §§ 459 Abs. 2 und 463 Abs. 1 Fälle der Gewährleistung. Während die Zusage nach § 459 Abs. 2 also, ebenso wie das dictum der Ädilen, auch heute noch einseitig ist, ist wegen der hier vertretenen Ansicht über den aus dem Wesen der Gewährleistung folgenden Rechtsgrund derselben auch die Zusicherung aus § 463, S. 1 nur einseitig. Sie ist ja nur die ausdrücklich erteilte Zusage. Folgendes Beispiel erläutert dies: A. will einen Ring kaufen. B., der Verkäufer, sagt ihm während der Verhandlungen beiläufig, aber so ernsthaft, daß A. ihm vertrauen kann, der Stein im Ring sei echt, ohne daß ihn A. danach gefragt oder daß überhaupt vorher über die Echtheit des Steines gesprochen wurde. Dann liegt ein Fall des § 459 Abs. 2 vor. Will aber A. anscheinend den Ring nicht kaufen, und B., dem an dem Geschäfte gelegen ist, sagt: „Der Stein ist echt, verlaß dich darauf!", oder er antwortet dies auf eine bestimmte Frage des A., dann liegt ein Fall des § 463, S. 1 vor.

Welche Stellung haben nun Zusage und Zusicherung zum Kaufvertrage? Sie sollen mit Hilfe einiger Beispiele gefunden werden:

1.) A. will einen Ring mit Stein kaufen und geht deswegen in das Geschäft des B. B. hat solche Ringe vorrätig und legt dem A. einige vor. A. entschließt sich für einen bestimmten und kauft ihn. Hier liegt ein gewöhnlicher Kauf vor.

2.) A. will ein Auto kaufen und geht deswegen zu B., der solche auf Lager hat und sie ihm vorführt. Bei den Kaufverhandlungen sagt B. dem A. auf Grund seiner eigenen Überzeugung: „An dieser Marke kommt kaum je eine nennenswerte Reparatur vor. Denn Kunden von mir fahren diesen Wagen schon seit einem halben Jahr und haben daran noch keine Reparaturen gehabt." Dann liegt eine bloße Angabe, (s. oben) vor.

3.) B. sagt dem A. während der Kaufverhandlungen ohne jede andere Absicht, lediglich um den A. über die ganze Bauart zu orientieren: „Der Benzinverbrauch des Wagens beträgt 5 Liter auf 100 Kilometer." Es ist ihm dies von dem Fabrikanten des Autos, auf den er sich verlassen muß, glaubwürdig mitgeteilt worden. Auf diese Zusage gemäß § 459 Abs. 2 kauft A. den Wagen und stellt nachher fest,

daß dieser tatsächlich 7 Liter Benzin auf 100 Kilometer verbraucht.

Es ist klar, daß hier keine Willenshandlung des B. vorliegt. Denn B. hatte bei Abgabe der Zusage keinerlei auf eine Rechtswirkung gerichteten Willen, sondern nur den Willen, dem A. sein Wissen um den Wagen mitzuteilen. Die Rechtswirkungen der Zusage treten, nach dem Wesen der Zusage, ein, ohne daß sie von B. gewollt oder nicht gewollt werden, lediglich deswegen, weil sie bei A. bestimmte Vorstellungen auslösen, auf Grund deren er kontrahiert (s. oben).[58]) Oben ist bereits gesagt worden, daß die Zusage kein Vertrag sein kann, daß sie überhaupt kein Rechtsgeschäft sein kann. Sie ist vielmehr eine bloße tatsächliche Behauptung, daß die Kaufsache so oder so beschaffen sei. Sie ist bloße Rechtshandlung,[59]) nach Manigk[60]) eine Vorstellungsmitteilung.

Was hier von der Zusage gilt, muß in demselben Umfange nach der hier vertretenen Ansicht über die Zusicherung auch von dieser gelten. Denn sie ist ja nur eine ausdrückliche tatsächliche Behauptung, d. h. sie erfolgt nur auf eine entsprechende Frage des Käufers oder mit einem „sicher"-machenden Zusatz.

X. Der Garantie-Vertrag.

Daß sich alle die oben abgelehnten Ansichten über die „Zusicherung" noch bis heute erhalten haben, liegt daran, daß man, durch die Bezeichnung der „Zusicherung" als „vertragsmäßiger Garantie" irregeführt, diese nicht scharf genug vom „Garantievertrag" unterscheidet. Es wird von gesetzlicher im Gegensatz zur vertraglichen Garantie gesprochen, wobei mit ersterer die Zusage bezw. Zusicherung, mit der vertraglichen Garantie der hier zur Rede stehende Garantievertrag gemeint werden.[61]) Der Gebrauch desselben Wortes für zwei diametral entgegengesetzte Begriffe muß, wie bei dem Wort „Zusicherung" zu Verwechselungen und damit Verwirrungen führen.

In den Motiven[62]) findet sich folgender Passus:

[58]) *s. auch Manigk a. a. O., S. 704.*
[59]) *Mot. I, 126.*
[60]) *a. a. O., S. 701 ff.*
[61]) *Roos a. a. O., S. 7.*
[62]) *II, S. 658 unter Verweisung auf Windscheid.*

„Der Bürgschaftsvertrag läßt sich als ein besonderer Fall des Garantievertrages auffassen. Über den letzteren besondere Normen aufzustellen, ist gleichfalls kein Bedürfnis. Nur gewisse Arten des Garantievertrages bedürfen der Normierung, wie gerade die Bürgschaft; der Garantievertrag entzieht sich auch wegen der Verschiedenheit der Verträge, die eine Garantie zum Zweck und Inhalt haben, der allgemeinen Regelung."

Damit ist die gesetzliche Regelung des Garantievertrages strikt abgelehnt worden, während man das Wesen dieses Vertrages völlig verkannt hat. Stammler [63]) hat schon im Jahre 1886 nachgewiesen, daß der Garantievertrag ein selbständiger, besonderer schuldrechtlicher Vertrag ist. In Bezug auf die Selbständigkeit ist ihm die Literatur und das Reichsgericht gefolgt.[64]) In der Beurteilung der inneren Ausgestaltung jedoch gehen sie alle wesentlich auseinander. Nach Stammler [65]) liegt ein Garantievertrag vor, wenn jemand unentgeltlich das mit einer fremden auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung verbundene Risiko übernimmt. Andere [66]) fassen ihn als denjenigen Vertrag auf, durch welchen sich jemand verpflichtet, einem anderen für einen bestimmten rechtlichen oder tatsächlichen Erfolg einzustehen, indem sie sagen, es sei auch möglich, durch einen Garantievertrag einen bestimmten Gewinn zu gewährleisten, nicht nur ein Risiko zu übernehmen. Wienstein [67]) wendet sich gegen den Gebrauch des Wortes „Erfolg" in dieser Definition, weil dieses zu unbestimmt sei.

Eine genaue Definition läßt sich aber nur geben, wenn man von dem Worte „Garantie" selbst ausgeht. Es entstammt dem Althochdeutschen „wërèn", das in das Romanische „garantir" und in das Mittelhochdeutsche „ge-

---

[63]) *a. a. O.*

[64]) *Cosack a. a. O. § 222 III; Dernburg a. a. O. II, 2 § 292; Düringer-Hachenburg § 349 III; Enneccerus § 417 II; RGRK. zu § 765, 6 b; Oertmann, Anm. 2 zu § 765; Planck-Knocke IV, zu § 765; Staub § 349, Anm. 65, 66; Staudinger II, 2, Anm. 6 b zu § 785; Soergel § 765, Anm. 5.*

[65]) *a. a. O., S. 1; so auch Dernburg a. a. O. § 292; Enneccerus a. a. O. I, 2, § 417 II; Oertmann, Komm. § 676, 2 d; Grell a. a. O., S. 3; Kroener a. a. O., S. 1.*

[66]) *Soergel § 765, 5; Staub § 349, Anm. 65; Warneyer § 765, 5; RG. 90, 416; RGJW. 1918, S. 36.*

[67]) *a. a. O., S. 7.*

wërn" umgebildet wurde. „Gewërn" bedeutet „Gewährleisten".[68]) Hier drängt sich sofort die Frage auf: Ist die echte Garantie ein Fall der Erfüllungs- oder Gewährleistungspflicht? Welches ist der Rechtsgrund des Garantievertrages?

Der Garantievertrag ist ein Rechtsgeschäft, nach welchem der garantierte Zustand hergestellt werden soll, d. h. also der Garant hat sich vertraglich verpflichtet, den garantierten Zustand oder Erfolg herbeizuführen oder sonst einen Ausgleich zu schaffen,[69]) durch Geldersatz oder anderes. Es liegt also eine reine Erfüllungspflicht vor, wenn ich z. B. garantiere, eine Sache werde diese oder jene Eigenschaft haben, andererseits werde ich das Risiko, das für Dich damit verbunden ist, tragen. Ich bin dann verpflichtet, nötigenfalls die Eigenschaft herzustellen, sonst muß ich eben einen Ausgleich, also etwa durch Geldersatz schaffen. Der Garantievertrag hat somit eine Erfüllungspflicht zur Grundlage.

Damit ist die Abgrenzung zur Zusage und Zusicherung gegeben. Beim Garantievertrag liegt niemals rechtliche Gleichgewichtsstörung vor, denn der Käufer ist ja vertraglich gesichert, einen Ausgleich zu erhalten, den er einklagen kann. Der Rechtsgrund für den Garantievertrag ist also eine Erfüllungspflicht, während der Rechtsgrund für die Zusage und Zusicherung die Gewährleistung ist. (s. oben).

---

[68]) *Groos a. a. O., S. 6.*
[69]) *Süß a. a. O., S. 185 ff.*

Lebenslauf.

Ich wurde am 14. November 1903 als Sohn des prakt. Arztes Dr. med. Carl Weirauch und seiner Gemahlin Elli geb. Hielscher in Birkenhain, Kreis Beuthen O./S. geboren. Von Ostern 1913 ab besuchte ich das Staatl. Hindenburg-Gymnasium in Beuthen O./S., welches ich zu Ostern 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um in Breslau Rechtswissenschaft zu studieren. Von Oktober 1923 bis Oktober 1925 absolvierte ich meine Bankausbildung als Lehrling in der Dresdner Bank, Filiale Beuthen O./S. Im Wintersemester 1925/26 wandte ich mich wieder dem Studium zu und studierte zunächst in Jena, vom Sommersemester 1926 ab in Breslau Rechtswissenschaft. Am 17. Juli 1930 bestand ich in Breslau das Referendar-Examen. Von Oktober 1930 bis Januar 1931 volontierte ich in der Eisengroßhandlung von Otto R. Krause G. m. b. H. in Beuthen O./S. Seit dem 5. März 1931 bin ich in den verschiedenen Stationen des Vorbereitungsdienstes, zuerst beim Amtsgericht Trebnitz/Schles., dann beim Landgericht Beuthen O./S. beschäftigt. Am 11. Oktober 1932 bestand ich die juristische Doktorprüfung in Breslau.